



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

20-02-13

SEB

=====
Processo: TC-00001264.989.12-0
Representante: Ricardo Gandolfi (OAB/SP n. 270.525)
Representada: Prefeitura Municipal de Fernandópolis
Assunto: Exame prévio de edital do pregão presencial n. 77/12, do tipo menor preço por lote, que tem por finalidade a "*aquisição de máquina pá-carregadeira, sobre pneus para Secretaria Municipal do Meio Ambiente, através do Fundo Estadual de Prevenção e Controle da Poluição (FECOP)*"
Subscritor do edital: Luiz Vilar de Siqueira (ex-Prefeito)
Responsável: Ana Maria Matoso Bim (atual Prefeita)
Advogado: Não há advogado cadastrado no e-TCESP
=====

1. RELATÓRIO

1.1 **RICARDO GANDOLFI** formulou, com fundamento no artigo 113, § 1º, da Lei n. 8.666/93, representação com vistas ao exame prévio de edital do pregão presencial n. 77/12, do tipo menor preço por lote, editado pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE FERNANDÓPOLIS**, que tem por finalidade a "*aquisição de máquina pá-carregadeira, sobre pneus para Secretaria Municipal do Meio Ambiente, através do Fundo Estadual de Prevenção e Controle da Poluição (FECOP)*".

1.2 Queixou-se, em síntese, de que as condições fixadas no edital prejudicam a ampla participação de interessados:

a) item 2.2 do edital¹ – considerando que, pelas leis nacionais (CDC²), o *importador* é equiparado ao *fabricante*, não há motivo

¹ "2 – DA PARTICIPAÇÃO
(...)

2.2. O veículo oferecido pelos proponentes deverá obedecer a todas as especificações constantes neste edital, sendo que as empresas que vierem a participar do certame deverão estar representando apenas uma marca, esta deverá possuir loja com estoque de peças, pós venda e mecânica AUTORIZADA pela fabricante do veículo num raio de até 150 km do município de Fernandópolis SP. Caso o equipamento seja importado, deverá ser apresentada uma declaração do fabricante de que o proponente é distribuidor ou agência autorizada no Brasil".



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

para se exigir do licitante uma *declaração do fabricante* confirmando que ele é, de fato, seu distribuidor ou agência autorizada;

b) item 7.3."b" do edital³ – a previsão, para fins de classificação da proposta, de que a “*máquina seja de boa qualidade*”, fere o princípio do julgamento objetivo;

c) item 10.4 do edital⁴ – se já há previsão no edital de que a assistência técnica deve ser prestada no próprio Município de Fernandópolis, não há razão para se exigir, como condição de participação no certame, que o licitante possua loja num raio de até 150 km (item 2.2 e Anexo VIII);

d) no que diz respeito às *especificações técnicas*, deveriam ser exigidos tão somente a *potência líquida desejada* e a *rotação máxima aceita*;

e) o peso operacional exigido (mínimo de 13.000 kg) está bem superior aos padrões das máquinas exigidas.

1.3 Por vislumbrar indícios concretos de restrição à ampla participação de interessados, a E. Substituta de Conselheiro SÍLVIA MONTEIRO determinou, com fundamento no artigo 113, § 2º, da Lei n. 8.666/93, a paralisação do certame, medida esta **já referendada** pelo e. Plenário, nos termos do artigo 221, parágrafo único, do Regimento Interno.

Na hipótese, entendeu Sua Excelência oportuno que a Administração também esclarecesse o conjunto das seguintes exigências:

(i) dever de o licitante possuir loja num raio de até 150km (item 2.2 e Anexo VIII);

² Art. 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

³ 7.3. A análise das propostas pelo Pregoeiro visará o atendimento das condições estabelecidas neste Edital e seus Anexos, sendo desclassificadas, por lote, as propostas:

a) que não atenderem as especificações, prazos e condições, inclusive no que tange à descrição do lote e de seus elementos fixados neste Edital;

b) cuja máquina não for de boa qualidade ou não for condizente com as características do item do objeto desta licitação;

⁴ 10.4. A empresa vencedora deverá prestar assistência técnica (manutenção) no município de Fernandópolis /SP.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

- (ii) pronto atendimento em, no máximo, 24 horas (Anexo VIII) e
- (iii) (iii) a assistência técnica prestada no próprio Município de Fernandópolis (item 10.4).

1.4 A **Administração**, em **razões de defesa**: **(a)** confirmou a necessidade de, tratando-se de equipamento importado, ser apresentada uma *declaração do fabricante* de que o licitante é, de fato, distribuidor ou agência autorizada; é que, com isto, se procura evitar a aquisição de *“produto de aventureiro”* ou mesmo a participação no certame de quem não têm a *“mínima condição de prestar garantia ou assistência técnica”*; **(b)** concordou que o critério de julgamento *“máquina de boa qualidade”* é subjetivo; embora esta previsão, na prática, nunca tenha sido utilizada, comprometeu-se a retirá-la nos futuros editais; **(c)** a previsão de que a assistência técnica deve ser prestada no Município, e que a oficina fique dentro de um raio de 150 km, têm *“caráter puramente econômico”*; a título de exemplo, se todas as revisões forem feitas em agência localizada a 2.000 km, o menor preço vencedor da licitação pode ser onerado demasiadamente; **(d)** quanto às especificações técnicas, entendeu por bem promover alterações no edital, de modo que venha a ser exigido tão somente *“Motor: turbo alimentado, movido à diesel, 06 (seis) cilindros, injeção direta, potência mínima de 170 HP, e 2500 rpm no máximo”*; **(e)** mas não se anima a alterar o peso mínimo exigido (13.000 kg), ao argumento de que o equipamento será utilizado para a *“remoção de entulho de construção civil, material normalmente muito pesado”*.

1.5 Instada a se manifestar, a **Assessoria Técnico-Jurídica** opinou pela procedência das queixas que recaem sobre o *critério de julgamento* (item 7.3.”b” - máquina de boa qualidade), e *características técnicas do equipamento*, mesmo porque admitidas pela própria Administração.

Quanto à questão da *assistência técnica*, disse que a Administração não compreendeu a contradição suscitada entre a exigência de distância mínima para a manutenção e o atendimento *‘in loco’* (subitem 10.4) no Município, por isso as justificou com base nos custos de locomoção para as revisões/reparos.

Segundo crê, em vez de a Administração estabelecer um raio de quilômetros, talvez fosse mais adequado *“tratar tais situações como opcionais, ou seja, ou a interessada possui assistência técnica na região ou*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

compromete-se a prestar assistência no local por determinado prazo de garantia”.

No mais, sugere que a exigência de compromisso de terceiro (fabricante de máquina eventualmente importada) seja deslocada para o momento da contratação, em conformidade com a Súmula 15⁵.

1.6 O DD. **Ministério Público de Contas** também condenou a exigência de compromisso de terceiro alheio à disputa. A Administração deve avaliar, em verdade, se o contratado tem condição de efetivamente realizar a manutenção da máquina, estabelecendo, portanto, de forma pormenorizada, suas obrigações no texto do contrato.

Considerou igualmente impertinente o critério de julgamento ancorado na *“boa qualidade”* do equipamento.

No mais, observou que, de fato, *“no item 2.2., cobra-se estoque de peças, pós-venda e mecânica em até 150 km de Fernandópolis; pelo item 10.4, por seu turno, a assistência técnica deve ser prestada no âmbito do próprio município de Fernandópolis; e, na descrição do anexo VIII, reclama-se atendimento da assistência técnica em até 24 horas”*. Deve a Administração, por isso, reavaliar as suas necessidades, impondo exigências imprescindíveis, sem que nelas se incluam aspectos excessivos e, por conseguinte, restritivos.

Sobre as *especificações técnicas*, ainda que a Administração tenha se prontificado a alterar o edital (*“potência mínima de 170 HP, e 2500 rpm no máximo”*), mantendo tão somente o peso mínimo fixado (13.000kg), e a despeito de sua escolha estar inserida na esfera de sua competência discricionária, entendeu ser de todo oportuno que a Administração fosse indagada *“acerca da economicidade na opção feita”*, especialmente por conta da notícia de que o objeto da contratação em muito supera o padrão de mercado.

Por sinal, visita aos sites da *New Holland, Case, Volvo, Caterpillar* e *Deere* dão conta de que as *“conjugadas especificações de potência e de peso operacional conduzem o objeto da contratação para os patamares mais elevados, para os produtos mais aprimorados e, por consequência, mais caros do segmento”*, de modo que não aproveita, sob

⁵ SÚMULA N. 15 - Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

o prisma de economicidade, a singela assertiva de que a pá carregadeira se destina à *“remoção de entulho de construção civil, material normalmente muito pesado”*.

Por isso a necessidade de a Administração apresentar *“estudos e pesquisas que resultaram no delineamento do objeto, colhendo-se, a seguir, as ponderações da d. ATJ, por sua área de Engenharia, sobre a correlação entre o futuro emprego da pá carregadeira e suas vultosas dimensões”*.

1.7 Concedida, no entanto, nova oportunidade para o exercício do contraditório e da ampla defesa, a Administração se manteve silente.

1.8 Para a D. **Secretaria Diretoria Geral**, o edital deve ser retificado em relação a todos os aspectos suscitados.

Ora, a Administração admitiu a necessidade de se excluir o item 7.3.”b” (critério de julgamento “máquina de boa qualidade”).

Quanto às *especificações técnicas*, não logrou demonstrar que a sua escolha se amparou em estudos de ordem técnica, cabendo, por isso, que o edital seja revisto, de modo a *“permitir a participação no certame dos fornecedores de equipamentos das equivalentes marcas existentes no mercado nacional, aptos à satisfação do interesse público”*. (neste sentido, por sinal, decisão Plenária de 06-07-11, TCs-600/008/11 e 602/008/11, relator o E. Conselheiro RENATO MARTINS COSTA⁶).

As justificativas apresentadas para as demandas de assistência técnica/mecânica não aproveitam para esclarecer as dúvidas

⁶ *“Não se trata de sindicar ato que decorra de competência discricionária legitimamente atribuída por lei ao Administrador, mas de reparar excesso da conceituação de objeto que agrida mencionada igualdade de oportunidades entre potenciais interessados, na forma prescrita pelo § 5º, do artigo 7º da Lei n.º 8666/93.*

Afinal, tais máquinas se destinam normalmente à prestação de serviços absolutamente comuns, realizados amiúde pelo Poder Público na recuperação e manutenção de estradas rurais, sem qualquer circunstância extraordinária que mereça tamanho agravamento das condições de participação na licitação.

Recordo que este E. Plenário se pronunciou recentemente contrário à possibilidade de especificações restritivas de objeto contido em edital lançado para compra de máquina motoniveladora (cf. TC-000490/008/11, Exame Prévio, sessão de 08/06/11, relator eminente Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues).

Há necessidade, portanto, de se corrigir o edital para conformá-lo à norma do citado § 5º, do artigo 7º da Lei n.º 8666/93, retirando especificações exclusivas que estejam restringindo indevidamente a participação de eventuais interessados no pregão”.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

suscitadas quanto aos comandos do edital, “*podendo acarretar entendimento dúbio*” e “*potencialmente restritivo*”.

A exigência de apresentação de “*declaração do fabricante*” (subitem 2.2, in fine, conjugado com o item 5 - DO CONTEÚDO DO ENVELOPE Nº 01 - "PROPOSTA" e Anexo VIII - DESCRIÇÃO DA MAQUINA), de fato fere a Súmula 15. (neste sentido, a decisão Plenária de 06-07-11, TC-563/008/11, relator o e. SUBSTITUTO DE CONSELHEIRO SAMY WURMAN⁷).

2. VOTO

2.1 Razão assiste àqueles que opinaram pela retificação do edital. De fato, não se deve impor, como condição de participação no certame, a apresentação de uma *declaração do fabricante* dando conta que o licitante é, de fato, seu distribuidor/agência autorizada.

Trata-se de exigência desarrazoada, porquanto sujeita a participação de eventuais interessados à benevolência do fabricante, que é terceiro alheio à disputa.

Decisões reiteradas neste sentido culminaram na edição da Súmula 15, segundo o qual, “*Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa*”.

⁷ “E ao que consta do Anexo I, as propostas comerciais devem estar obrigatoriamente acompanhadas de documentos a serem obtidos junto a terceiros alheios à disputa. É o caso da declaração do distribuidor de que a licitante é revenda autorizada do produto ofertado, da declaração ou documentação a respeito da assistência técnica autorizada acompanhada de carta de solidariedade comprovando tal relacionamento, e da apresentação dos termos de garantia emitidos pelo fabricante do produto.

De plano, pode ser verificada a incompatibilidade de tais disposições com a jurisprudência consolidada na Súmula nº 15, deste Tribunal: ‘Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa’.

De outro lado, é fato que tais documentos e declarações necessariamente emitidas pelos fabricantes, os quais vão muito além do essencial e indispensável, possuem todas as condições para se tornarem obstáculos intransponíveis a qualquer empresa que não seja o próprio fabricante ou distribuidor, e que não os detenha previamente, o que é absolutamente condenável em um procedimento licitatório que busca tão somente o registro de preços para futuras e ainda incertas aquisições.

Tal como já está consolidado em decisões prolatadas por esta Corte em casos similares, a exemplo dos processos TC-000750/002/11 e TC-000154/002/11, tais documentos somente poderão ser solicitados das licitantes que se sagrarem vencedoras, como condição para celebrar os futuros ajustes, com a concessão de prazo razoável para a obtenção dos mesmos”. (Grifos da SDG)



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nada obsta, no entanto, que a Administração, a fim de resguardar o interesse público almejado, deixe explícito no edital que a apresentação da declaração do fabricante é condição prévia para que o contrato seja assinado.

2.2 O critério de julgamento amparado em “*máquina de boa qualidade*”, de fato ofende o princípio do julgamento objetivo⁸ e o artigo 44⁹ da Lei n. 8.666/93; tanto é assim que a própria Administração se comprometeu a extirpar o subitem 7.3.”b” do edital.

2.3 No que diz respeito à *especificação técnica*, não há, em tese, qualquer óbice legal para que sejam indicados, no edital, os parâmetros mínimos desejados; por sinal, a definição “*precisa, suficiente e clara*” do objeto licitado é de rigor, consoante se extrai do próprio teor do art. 4º, II, da Lei 10.520/02¹⁰.

Tal especificação pode abordar um, dois ou inúmeros aspectos de ordem técnica, não havendo, assim, motivo para se condenar determinado edital por apresentar maior quantidade ou complexidade de itens técnicos.

O que a referida previsão legal veda expressamente é o estabelecimento de especificações que, por *excessivas, desnecessárias ou irrelevantes* —e não justificadas—, restrinjam a ampla participação de interessados.

No caso, a Administração, de fato, deixou de demonstrar que as especificações técnicas eleitas atendem as finalidades essenciais do procedimento licitatório, quais sejam, a obtenção da melhor vantagem

⁸ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

⁹ Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

¹⁰ Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:
(...)

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

econômica, com a garantia de que todos os interessados aptos participem da disputa em igualdade de condições.

Por isto que, sem justificativa bastante, a opção do administrador não se sustenta, devendo o conjunto das especificações técnicas ser revisto, a título de bem garantir a satisfação do interesse público almejado, sem prejuízo, no entanto, da observância do princípio da ampla competitividade.

2.4 Por fim, também considero que o conjunto de exigências fixadas no item 2.2, Anexo VIII e item 10.4 remetem à compreensão equivocada, quanto à real necessidade da Administração.

A licitação visa não só ao fornecimento da pá carregadeira, no prazo de até 20 (vinte) dias após a nota de empenho, com período de garantia de 12 meses¹¹, como também, ao que tudo indica, a prestação de serviços de assistência técnica (manutenção).

Compreensível, portanto, que a Administração, por conta da alegada economia, tenha imposto à contratada o ônus de prestar pronto atendimento, no prazo de 24 horas, necessariamente em estabelecimento localizado no próprio Município.

Mas isto não autoriza que se fixe regra segundo a qual só poderão participar do certame, é dizer, fornecer a pá carregadeira, aqueles que possuam loja sediada em um raio de até 150 km do Município.

Trata-se de medida desarrazoada, que não se justifica, mesmo porque nada obsta que o distribuidor/agência autorizada, após fornecer o bem, ofereça, a título de exemplo, o serviço de assistência técnica desejada pela Administração por meio de rede conveniada, localizada no próprio Município.

2.5 Posto isto, circunscrito estritamente às questões suscitadas, considero procedentes as impugnações analisadas, e determino à Administração que, querendo dar seguimento ao certame, adote as medidas corretivas pertinentes para dar cumprimento à lei, devendo

¹¹ 5 – DO CONTEÚDO DO ENVELOPE N. 01 – “PROPOSTA”
(...)

i) Garantia da máquina/materiais cotado: no mínimo de 12 (doze) meses, de acordo com a legislação pátria vigente, sendo que os materiais deverão ter padrão de qualidade reconhecido pelo mercado



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

também promover cuidadosa e ampla revisão de todos os demais itens do ato convocatório relacionados.

A Administração deve atentar, depois, para a devida republicação do edital, nos termos reclamados pelo artigo 21, § 4º, da Lei n. 8.666/93.

Concluídas as anotações de estilo, com inserção na jurisprudência inclusive, encaminhem-se os autos ao órgão de fiscalização competente, para subsidiar a instrução de eventual ajuste que venha a ser formalizado ou quando da fiscalização ordinária, retornando após as providências de mister.

Transitada em julgado a decisão, arquivem-se os autos eletronicamente.

Sala das Sessões, 20 de fevereiro de 2013.

SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
CONSELHEIRO